

PREMISAS METODOLÓGICAS Y AXIOLÓGICAS PARA LA ELABORACIÓN DEL CONCEPTO MATERIAL DE AUTOR EN EL CÓDIGO PENAL COLOMBIANO

*Alberto Suárez Sánchez**

PRESENTACIÓN

Se considera autor a quien se encuentra vinculado de manera especial con los hechos previstos como delitos en los tipos de la Parte Especial, así sea a través de los dispositivos penales que describen las fases de imperfecta ejecución de los mismos. El concepto de autor se desprende de aquellos tipos, los cuales son de autoría y están en relación con la cláusula general de autoría establecida en la Parte General, pues quien los realiza es autor. Hoy la opinión dominante sostiene que la teoría de la autoría forma parte de la del tipo, independiente de la culpabilidad (imputación personal o responsabilidad penal) del sujeto, sin que se exija para la autoría que el hecho sea realizado con plena responsabilidad penal, en razón del traspaso sistemático del dolo y la imprudencia (culpa) de la culpabilidad al tipo de injusto, tal como lo hace el finalismo.

Corresponde a la jurisprudencia y a la doctrina la tarea de elaborar una noción única de autor (diferente de concepto unitario de autor, no adoptado por nuestra legislación) aplicable a todas las formas de autoría (autoría directa individual, autoría mediata, coautoría y autoría por otro) que sirva para todos los delitos (comunes, especiales, de propia mano, dolosos, culposos, de acción, etc.) dado que la ley, con acierto, no lo

* Profesor de Derecho Penal de la Universidad Externado de Colombia.

hace; pero para ello no se cuenta con una total libertad, porque en la Constitución Política (y por qué no el bloque de constitucionalidad) y en las normas rectoras de la ley penal hay límites, los cuales obligan a quien lo haga a someterse a tales parámetros mínimos. En este ensayo me circunscribiré a señalar las que considero han de ser las reglas mínimas que deben tenerse en cuenta a la hora de adelantar tal tarea¹.

I. PREMISAS METODOLÓGICAS Y AXIOLÓGICAS PARA LA ELABORACIÓN DEL CONCEPTO DE AUTOR

Las pautas metodológicas y axiológicas en las cuales ha de enmarcarse la definición de autor son las siguientes:

1. No es dable en el Estado de derecho que aboga por un derecho penal garantista, hacer una interpretación extensiva de los tipos penales, cuando la ley no lo autorice en forma expresa. Sólo es posible declarar el carácter típico de las conductas que quedan cómodamente instaladas en el tipo y no de las que por una relajada hermenéutica encuentran una apretada adecuación en la descripción; consigue ese objetivo el derecho penal garantista mediante una interpretación restrictiva que opere de la siguiente manera: cuando el tipo penal especial no cobija de manera directa y cabal el comportamiento diseñado en él, es necesario acudir a los preceptos sobre la participación (inducción y complicidad), verdaderas “causas de extensión de la pena”², para que el derecho penal pueda abarcarlo, pues si aquéllos no existen resultan impunes la determinación y la complicidad.

2. Conviene hacer referencia al desvalor, tanto de acción como de resultado.

Se ha plasmado en nuestro Código Penal un concepto de derecho penal de acto (art. 9.º C.P.); por lo cual es necesaria la realización de comportamiento que produzca el menoscabo de los bienes jurídicos o por lo menos su puesta en peligro, para la configuración del injusto típico, y no es suficiente la sola voluntad de lesión del interés jurídicamente tutelado. En consecuencia, el desvalor de acción o el desvalor acto de manera exclusiva no tienen cabida en nuestro ordenamiento, pues sólo se responde por lo que se hace queriéndose hacer y no por lo exclusivamente hecho o deseado.

El desvalor de resultado fundamenta el injusto teniendo en cuenta sólo el elemento objetivo-externo, es decir el producto de la conducta del agente; no exige a veces indagar sobre el contenido de la voluntad, por lo cual a través del mismo se autoriza sancionar los delitos agravados por el resultado y la aplicación del *versari in rei illicita*. Como la responsabilidad objetiva ha sido proscrita de nuestro ordenamiento penal (art. 12 C. P.), este solo desvalor no basta.

1. Sigo de cerca las pautas metodológicas sugeridas en ALBERTO SUÁREZ SÁNCHEZ. *Autoría y Participación*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998.

2. Cfr. DIEGO MANUEL LUZÓN PEÑA. *Curso de derecho penal. Parte General I*, Madrid, 1996; pp. 350 y ss.

Opera en la dogmática penal colombiana una posición sincrética, porque no es suficiente el desvalor de acto, ya que implicaría aceptar una responsabilidad puramente subjetiva y, por ende, un derecho penal de autor, sin cabida en nuestro Código; tampoco basta el desvalor de resultado, porque conduce a una responsabilidad objetiva, la cual, por las voces de la norma rectora contenida en el artículo 12 del Código Penal³, no es admitida en nuestro ordenamiento.

Esto lo reafirma la ley penal al definir los conceptos de antijuridicidad y tentativa. En efecto, la antijuridicidad (art. 11) ha sido definida como la lesión o puesta en peligro, sin justa causa, del bien jurídicamente tutelado por la ley penal, con lo cual da prevalencia al desvalor de resultado, sin dejar a un lado el desvalor de acción (preponderante en el finalismo para la elaboración del concepto personal del injusto); de modo que el juicio de desvalor ha de recaer también sobre el resultado, en cuya producción desempeña papel primordial la causalidad. De otra parte, en la concepción de la tentativa también echa mano a la causalidad al entenderla como simple peligro para los bienes jurídicos (art. 27), a partir del concepto de la realización de actos ejecutivos, con lo cual evidencia la importancia de la causalidad; sin que ello implique dejar del todo a un lado el dolo como elemento fundamental de la tentativa y del tipo (tal como lo hace el Código al tomar partido por la teoría del dolo natural o avalorado, para abandonar la concepción del dolo propio del causalismo y el neocausalismo, entendido como *dolus malus*), pues una interpretación sistemática del precepto de la tentativa y de las normas rectoras arroja el entendimiento de que el dolo en el delito tentado no está relegado a la culpabilidad.

Según lo anterior, para elaborar el concepto de autor es del todo indispensable tener en cuenta la concurrencia de estos dos desvalores.

3. El concepto de autor de modo necesario va ligado al de acción, dado que si se parte del supuesto de que la acción es sólo causalidad, cualquiera que sea la teoría que se adopte, desde la más amplia (la de la equivalencia de condiciones) hasta la más exigente (la de la relevancia, antesala ésta de la teoría de la imputación objetiva), puede elaborarse un concepto unitario de autor, el cual, por partir de la equivalencia de las condiciones, halla en el plano de la causalidad la igualdad de todos los intervinientes, sin necesidad de estratificar las conductas; como también se puede, con tal supuesto, construir un concepto extensivo, porque al partir éste de esa misma igualdad causal acude a elementos objetivos o subjetivos para señalar la diferencia creada por la ley entre autoría y participación.

3. Ya habíamos dicho en otra oportunidad: "Estas normas rectoras deben ser obedecidas y respetadas porque no se trata de generosas concesiones hechas por el legislador, sino de la concreción de principios universales, además de tener profundo raigambre constitucional. De no ser así, no se cumplirían ni aplicarían y dejarían de ser rectoras para convertirse en simples retóricos consejos, a los cuales se podría anteponer cualquier otra disposición", ALBERTO SUÁREZ SÁNCHEZ. "Normas rectoras de la ley penal relacionadas con la pena", *Derecho Penal y Criminología. Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, n.ºs 41-42, 1990, pp. 133 y ss.

Punto de partida diverso es el del concepto restrictivo apoyado en la teoría objetivo-formal, pues se queda en el campo exclusivo de la ejecución material para ensayar el concepto que deja (según algunos) por fuera de su territorio a la autoría mediata y le señala dificultades a la resolución del problema de la coautoría. Mientras que los finalistas elaboran la teoría del dominio final del hecho a partir del concepto de acción final, diverso, desde luego, de quienes hacen prevalecer teorías natural-causalistas; teoría del dominio del hecho que es objetiva con matices subjetivos (en algunas construcciones más acentuados que en otras). Esto indica que dependiendo del concepto de acción que se adopte se logra una particular conceptualización del autor.

Lo sólo objetivo (lo causal) o subjetivo (lo final) no puede dar una verdadera solución al problema, pues entendemos la acción como un compuesto de elementos naturales (lo causal), normativos, valorativos, sociales y finales⁴. De modo que si queremos elaborar el concepto de autor compatible con este de la acción, necesariamente debe echarse mano a lo objetivo, subjetivo, valorativo, teleológico y político-criminal, con la aclaración de que lo político-criminal sólo ha de guiar al legislador, pues al intérprete no le es permitido su uso porque pretextando tal criterio puede franquear los hitos de lo típico y vulnerar el principio de legalidad.

4. El concepto unitario de autor (aquél que no establece diferencia sustancial alguna entre autoría y participación y es elaborado bajo un criterio exclusivamente causalista), aún en la más moderna versión (la del concepto funcional de KIENAPFEL), no es aplicable en el ordenamiento penal colombiano, ni siquiera en relación con el actuar por otro, al haberse optado por el diferenciador, que se rige por el principio de accesoriadad limitada, cualitativa y cuantitativa, de los partícipes, en estricto sentido.

5. No es de buen recibo en el derecho penal de un Estado de derecho la inclinación de la doctrina y la jurisprudencia hacia un concepto extensivo de autor, porque con ello se está declarando que en principio todo interviniente en el hecho es autor y que sólo por vía de eliminación se le puede calificar como partícipe; distinción que se hace porque la ley crea la participación y obliga a la diferenciación. La lógica que se emplea en la interpretación extensiva es la de que la actuación que no halla adecuación en la participación necesariamente es de autoría, pues ésta es el hábitat natural de toda forma de protagonismo.

De acuerdo con el concepto extensivo de autor, los preceptos sobre participación son “causas de restricción de la punibilidad”, dado que sin ellos habría que castigar, de manera ineludible, a todos los intervinientes como autores, al entender que todos los sujetos que hacen algún aporte a la producción del resultado típico (al partir este concepto de la teoría de la equivalencia de condiciones) son, en principio, autores. Al

4. Cfr. SUÁREZ SÁNCHEZ. “El concepto de acción penal”, *Temas Socio-Jurídicos, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Bucaramanga*, 1992.

autor se le define de manera negativa, al tenerse como tal a quien no es partícipe, y se le asigna a la autoría un papel residual, al albergar toda intervención no recogida en la participación.

No es viable la aplicación de la versión objetiva ni de la subjetiva del concepto extensivo. No la primera, porque ello implicaría partir del supuesto de que todo interviniente, por regla general, es autor, bajo el ropaje de la presunción de la responsabilidad mayúscula, por el carácter subsidiario que tiene la autoría, pues el ordenamiento positivo-legal colombiano no autoriza que por el simple hecho de haberse cumplido el aporte causal a la producción del resultado se deba responder penalmente como autor si no es posible calificar tal conducta de participación. Tampoco se pueden aplicar teorías subjetivas, porque las mismas muestran coincidencias con un concepto de derecho penal de autor y parten del simple desvalor de acto, lo cual riñe con los principios rectores de la ley penal colombiana, entre los cuales descuellan el del derecho penal de acto y el de la responsabilidad culpabilista (arts. 9.º y 12).

6. Al elaborar el concepto de autor debemos someternos a los límites señalados por la ley, la cual se ha inclinado por un concepto restrictivo, sin permitir un margen ilimitado a la interpretación. Optamos por el concepto restrictivo, porque es el que mejor responde a las exigencias de concreción del tipo y se acomoda a los postulados de la seguridad jurídica.

La base del concepto restrictivo de autor radica en la idea de realización y no en la de ejecución física de la correspondiente figura delictiva. No se puede confundir realización del tipo con ejecución física (directo-corporal) del mismo; por lo cual aun en el Código Penal de 1980, que tenía puntos de contacto con la teoría objetivo-formal, era compatible el concepto de autor con la autoría mediata, a pesar de no estar regulada de manera expresa en esa legislación, pues el artículo 23 define como autor a quien “realice el hecho punible”⁵.

Hay que acudir a los tipos de la Parte Especial como punto de partida en la determinación del concepto de autor, pero no en el sentido estricto señalado por GIMBERNAT de que sólo es autor “aquel cuya conducta es subsumible, sin más, en el tipo de la Parte Especial”⁶, sino acudiendo a un criterio material, como lo es el del dominio del hecho, entendido no como dominio final del hecho (como lo elaboró WELZEL) sino matizado con otros conceptos (valorativos, naturalísticos, normativos, etc.).

Es imprescindible la remisión a los tipos de la Parte Especial, pues es impensable considerar a un sujeto autor inmediato e individual si su conducta no es subsumible

5. Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 12 de julio de 2002, M. P.: FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL.

6. ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG. *Autor y Cómplice en derecho penal*, Universidad de Madrid, 1966, p. 219.

en el tipo. Pero esto no es todo, dado que es necesario introducir ciertos criterios materiales para decidir quién realiza el tipo no sólo desde el punto de vista formal y perfilar un concepto de autor dentro de los parámetros del restrictivo, respetuoso del principio de la accesoriedad de la participación, como el de la determinación objetiva y positiva del hecho⁷, entre otros, el cual en nuestra normatividad puede tener acogida por ser aplicable tanto en el delito doloso como en el culposo.

En el concepto de autor es necesario hacer referencia a principios valorativos, para justificar por qué una conducta es más merecedora de pena que otra, y por qué es de autoría y no de participación, sin que ello se traduzca en impregnar de gran dosis de contenido material al tipo penal, ni que la forma ceda del todo ante la materia, sino que se quiere ser consecuente con el concepto de acción que ha acogido la ley, en el cual se conjugan diversos factores, que van desde el causal hasta el normativo, como ya se dijo; además, la definición de autor debe ser matizada con lo subjetivo, pues la coautoría exige acuerdo común⁸.

Hoy por hoy ya no hay duda de que el Código Penal vigente incursionó en el esquema finalista y lo superó, pues en materia de omisión se optó por un método funcionalista; por esta razón la teoría del dominio del hecho, matizada con los principios que regulan el régimen penal colombiano, encuentra acomodo en el Código Penal de 2000 respecto de todas las formas de autoría, con inclusión del actuar en nombre de otro, pero difícilmente lo halla la denominada teoría normativa de la autoría, a la cual le abre camino la omisión.

7. En el Código Penal de 1980 se partía de un concepto restrictivo de autor y se contribuía a solucionar el problema desde la óptica garantista, porque tan sólo se tenía como autor a quien el tipo penal quería alcanzar, sin dar cabida a especulaciones dirigidas a albergar en el tipo comportamientos insuficientemente descritos por el legislador, con el pretexto de darle contenido material al derecho penal a través del tipo. Con ello no se está diciendo que aquel concepto correspondía exactamente al restrictivo de la teoría formal-objetiva, pero tampoco se desconocen sus puntos de contacto: tenía algunas afinidades, pero no una total coincidencia.

En el Código Penal de 2000 el problema de coparticipación también halla solución en un concepto restrictivo de autor, pero se acerca a una teoría objetivo-material (la del dominio del hecho) y se distancia de la formal-objetiva, y además cierra paso a la adopción de un concepto normativo de autor, salvo en la omisión.

7. Propuesta por LUZÓN PEÑA y acogida luego por DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO. Cfr. "Determinación objetiva y positiva del hecho y realización típica como criterios de Autoría", *Anuario de la Facultad de Derecho de Alcalá de Henares*, vol. VIII, 2000, pp. 53 y ss.

8. Expresa la Corte Suprema de Justicia: "Observando el fenómeno de otra forma, para hablar de coautoría son indispensables dos exigencias, una subjetiva y una objetiva". Sentencia del 21 de agosto de 2003; M. P.: ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN.

Ambos estatutos penales hacen preferible la acogida de un sistema de autoría restrictiva bajo el imperio del principio de la accesoriedad (la limitada, en Colombia) y consiguen un mejor diseño de lo típico y lo atípico, adecuándose así a los principios del derecho penal del Estado de derecho, porque da mayor garantía a la seguridad jurídica, al dejar sólo al legislador el suplir las deficiencias de sus previsiones, al contrario de lo que sucede en los conceptos unitario y extensivo, en los cuales los olvidos del legislador se llenan en lo causal teniendo al comportamiento como de autoría; en un concepto restrictivo tales olvidos se pagan con el precio de la impunidad, pues un Estado de derecho perdona más los vacíos de punición que los excesos en la misma. La verdadera ventaja de este concepto es la de que no puede extender el tipo penal más allá de donde lo ha dejado el legislador.

Al hacer distinción dogmática entre formas de autoría y participación, esta última, en opinión dominante, se halla sometida al principio de la accesoriedad, dado que la autoría es la realización del hecho propio y la participación la contribución a un hecho ajeno, al entenderse la intervención del partícipe dependiente del hecho principal (el del autor) y al excluir tanto la tentativa de participación como la participación en cadena. Los tipos de participación dependen del hecho principal porque en los tipos de la Parte Especial, referidos al autor, no puede entenderse que estén incluidas las conductas de los partícipes; por lo cual, para castigar el comportamiento del partícipe hay que relacionar los preceptos de la Parte Especial con los de la general, al considerarse los preceptos sobre participación como causas de extensión de la pena.

Al pronunciarse el Código Penal de manera inconcusa a favor de un concepto restrictivo de autor, han de derivarse de esta afirmación tres consecuencias: a. Que establezca una clara distinción entre autores y partícipes; b. Que la conducta del partícipe sólo importa al derecho penal cuando se relaciona con la del autor estricto, porque es accesoria de la principal que realiza el autor; y, c. Que las disposiciones que se ocupan de los comportamientos de los partícipes son causas de extensión de la pena a comportamientos que sin tales preceptos legales serían impunes.

Al poderse distinguir entre autores y partícipes, se parte así mismo del presupuesto de que el concepto restrictivo de autor acogido por los códigos penales de 1980 y 2000 permite distinguir entre las diversas formas de autoría en el ámbito culposo, al igual que se hace en el doloso y, por lo tanto, rige también en el delito culposo el principio de accesoriedad de la participación, que juega una importante función garantista para delimitar la responsabilidad penal; de modo que si no existen normas que castiguen la participación (dolosa o culposa), ésta tiene que ser impune.

En materia de delito culposo no tiene aplicación en nuestra legislación el concepto extensivo ni el unitario, que conducen, como se hace en Alemania, al tratar a todos los intervinientes en el delito imprudente como autores; por lo cual en este aspecto no tiene aplicación en Colombia la teoría ortodoxa del dominio del hecho, sin que esto sea óbice para superar tales inconvenientes ni obligue a desperdiciar las ventajas que ofrece tal

teoría como objetivo-material que es. Sin embargo, cabe destacar que la teoría del dominio del hecho no de modo necesario conduce a un concepto extensivo o unitario de autor en el delito culposo, a pesar de que se le ha asignado esa consecuencia.

No es entendible que la forma más leve de responsabilidad subjetiva –la imprudente– disponga de menos límites para derivar responsabilidad que la más grave –la dolosa– y que personas que sólo son cómplices reciban una pena mayor a la que le ha de corresponder al partícipe de acuerdo con lo dispuesto en el Código Penal, cuando éste no hace distinción en el ámbito de la participación, para aceptarla respecto del delito doloso y rechazarla respecto del culposo. Ello es atentatorio contra el principio de la igualdad.

En fin, el concepto diferenciador y restrictivo acogido por la ley penal colombiana obra tanto en el delito doloso como en el culposo; pero cabe desde ya advertir que si bien es cierto que se admite la participación en el delito culposo, también lo es que no se sanciona la participación culposa, ni siquiera en el delito doloso, la cual es atípica, por la adopción del sistema de *numerus clausus* en materia de delito imprudente (culposo).

8. Bien puede admitirse la “teoría del dominio del hecho”, pero es preciso fijar si se adopta una teoría ortodoxa o heterodoxa de la misma. Con dificultad podría admitirse la “teoría del dominio final del hecho” en la forma como lo planteó y diseñó WELZEL, desarrollada dentro de los parámetros de una concepción personal del injusto de carácter subjetivo o finalista, conforme a la cual únicamente el dolo podrá determinar (dominar) los cursos causales.

De acuerdo con el esquema de delito que adopta nuestro Código Penal, la causalidad, los conocimientos, las finalidades, los ánimos, no son suficientes para determinar la imputación de un hecho, sino que son aspectos que se deben correlacionar con el bien jurídico (porque hemos adoptado el principio de lesividad –art. 11 C. P.–) y con datos normativos como los del riesgo no autorizado o la omisión (art. 25 C. P.) que en lo valorativo equivalga a la creación de tal riesgo. No sólo la norma es la que determina los requisitos del hecho, sino otros aspectos que al lado de la causalidad, como criterio ontológico sin contenido normativo, luchan contra una concepción sicologicista de la imputación del hecho típico, para lo cual ha ganado terreno “la teoría de la imputación objetiva”.

Por esta razón, conforme con nuestro esquema de delito, hay que tener en cuenta el plano objetivo del comportamiento y el desvalor de resultado del mismo (cuyo norte es el bien jurídico penalmente tutelado), con independencia del dolo o la culpa, para constatar si se da alguna modalidad de la autoría o de la participación. La distinción entre autor en sentido restrictivo y partícipe es, en principio, un problema objetivo⁹

9. Como lo sostienen LUZÓN PEÑA Y DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO con su criterio del dominio objetivo y positivo del hecho típico, y MIR PUIG con el de la pertenencia del hecho. Cfr. LUZÓN PEÑA y DÍAZ y

desligado cada día más del aspecto subjetivo; queda la inquietud de si el terreno perdido por lo subjetivo lo ganan sólo lo normativo y valorativo o lo comparten con el desvalor de resultado; parece que en nuestro ordenamiento se da más lo último que lo primero.

Hay que descartar el abandono de la teoría del dominio del hecho y no pasar de modo incondicional a un concepto normativo de la autoría¹⁰, lo cual es diferente de un criterio de dominio del hecho con características normativas, que es el acogido por nuestra legislación.

9. Como la ley penal dice que es autor “quien realice la conducta punible”, pero no señal quién ni cómo se realiza el tipo penal, hay que buscar criterios materiales para explicar en qué consiste dicha realización, pues, ya se dijo, el concepto de autor no se deduce directamente de los tipos de la Parte Especial ni de la sola fórmula descrita en el artículo 29 del Código Penal, la cual sirve como punto de partida de un concepto único de autor (diferente a concepto unitario de autor) que se elaborará con el concurso de criterios de imputación jurídica (normativa); para lo cual ha de tenerse como límite infranqueable los contenidos formales (principio formal de legalidad) de los tipos de la Parte Especial, que no puede el intérprete, así acuda a criterios materiales, traspasar sin echar por la borda el principio de legalidad y el valor superior de la seguridad jurídica.

Si la simple remisión a los tipos de la Parte Especial no es suficiente para fijar el concepto de autor inmediato individual; con mayor razón no lo es en la coautoría y la autoría mediata, en las cuales se destaca la imposibilidad de hacer consistir el concepto de realización en la ejecución de propia mano del tipo, sin que ello implique desconocer el aporte de las teorías objetivo-formales y que el concepto material que se adopte vaya más allá de los hitos establecidos en las descripciones típicas (crítica ésta que ha tenido que soportar la teoría del dominio del hecho) y deje de cumplir con las garantías propias del principio de legalidad.

El criterio material que se adopte hará que tal “realización de la conducta punible” se entienda en términos no sólo fácticos sino también normativos, para lo cual debe tenerse presente que el esquema de delito acogido por nuestra legislación no desconoce lo naturalístico y la realidad fáctica. Esto se deduce de lo establecido por el artículo 9.º al

GARCÍA CONLLEDO. Ob. cit.; y SANTIAGO MIR PUIG. *Derecho penal. Parte General*, 6.ª ed., Barcelona, 2002, p. 365.

10. Sostiene LESCH que para una dogmática jurídico-penal de carácter normativista, la teoría naturalista del dominio del hecho no es aceptable. Esto, porque el injusto penal no se constituye mediante un ataque externo-causal a bienes (objetos) jurídicos, sino mediante un ataque a la vigencia de la norma, al entender la acción en derecho penal no como fenómeno causal naturalista, ni como fenómeno dirigido finalmente, sino en su significado social, como contradicción con la norma. Cfr. HEIKO H. LESCH. *Intervención delictiva e imputación objetiva*, JAVIER SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES (trad.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1995.

disponer que “la causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado” y dejar claro el no abandono del todo de la causalidad, a pesar de que da la bienvenida a la teoría de la imputación objetiva. Por tanto, a la causalidad se suman elementos como los de la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, la posición de garante y la realización del riesgo (de manera especial en la omisión –art. 25 C.P.–).

A pesar de que el Código Penal abre las puertas a un funcionalismo moderado al adoptar la imputación objetiva y al definir la omisión y la culpabilidad (no me extendiendo en sus razones y repercusiones, por no ser el tema de este trabajo), en materia de autoría y participación no se acoge en su extensión estructuras funcionalistas puras, dado que no es punible ni el favorecimiento imprudente de conducta dolosa ni la participación imprudente en el hecho principal imprudente, como lo admite el funcionalismo puro, en especial el de JAKOBS.

JAKOBS¹¹ objetiviza la teoría de la participación y mediante la aplicación de criterios objetivo-normativos delimita las intervenciones punibles de las no punibles en las etapas previas a la ejecución; todo ello con prescindencia de elementos subjetivos. Para llegar a esta objetivización ubica la participación en la imputación objetiva, a la cual convierte en una “macroinstitución”¹² y la lleva más allá de lo que debe ser su estricta función (la imputación del resultado a una acción) e intenta aglutinar en ella toda la teoría del tipo¹³. Además, respecto del delito imprudente califica a su concepción como unitaria, debido a su construcción orientada por el muy particular diseño de la teoría del delito (aunque no deja del todo a un lado soluciones y consecuencias propias de un concepto restrictivo de autor) y mantiene la responsabilidad del partícipe imprudente a pesar de que el StGB no le castiga; y no distingue entre autoría y participación imprudente, al aplicar un concepto unitario funcional, mientras que nuestra ley si hace tal distinción.

A esto se suma que JAKOBS establece una excepción al principio formal de la ejecución, porque considera que en la fase previa a la de la ejecución también puede haber autoría, al admitir que en la etapa preparatoria hay coautores, de quienes sólo exige que tengan dominio sobre la configuración del hecho, sin ser necesario el acuerdo común, para lo cual emplea en la coautoría la accesoriedad cuantitativa (la única que acepta) y elimina la cualitativa (contemplada en el Código Penal colombiano de ma-

11. Cfr. JAKOBS. *Derecho penal. Parte General*, cit. id. *La imputación objetiva en derecho penal*, MANUEL CANCIO MELIÁ (trad.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1994. id. *La competencia por organización en el delito omisivo*, ENRIQUE PEÑARANDA RAMOS (trad.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1994. id. *La autoría mediata con instrumentos que actúan por error como problema de imputación objetiva*. MANUEL CANCIO MELIÁ (trad.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996.

12. Cfr. RAQUEL ROSO CAÑADILLAS. *Autoría y participación imprudente*, Granada, Comares, 2002, p. 120.

13. Lo cual supone “el germen de una desmedida ampliación y desnaturalización del concepto de imputación objetiva y una confusión de las diversas funciones del tipo estricto (o parte positiva del tipo) y de la exclusión de la antijuridicidad (parte negativa del tipo)”. LUZÓN PEÑA. *Curso de derecho penal*, cit., p. 382.

nera expresa, al señalar que es determinante quien “determine a otro a realizar la conducta antijurídica” y que es cómplice quien “contribuya a la realización de la conducta antijurídica” –art. 30 C. P.–), bajo el entendimiento de que al partícipe se le castiga por su propio injusto y no por el ajeno; de modo que aplica la teoría del dominio del hecho, en la forma como él la entiende, para los delitos dolosos, y un concepto unitario funcional de autor en los delitos imprudentes, que no tiene acogida en la ley penal nuestra porque el concepto diferenciador (restrictivo) es aplicable tanto para el delito doloso como para el culposo.

10. El criterio que nos sirva para definir y fundamentar la autoría es el del dominio del hecho, que ha de tener las siguientes características:

a. El dominio del hecho debe ser objetivo.

La fórmula del dominio del hecho ha de dejar a un lado el contenido subjetivo (en donde lo dejó WELZEL), al entenderse no como dominio final sino como control del acontecer típico, del curso causal, de la producción del resultado, con independencia del dolo; de modo que el dolo no integra la noción de autor sino que queda en el lugar que le corresponde en el tipo subjetivo.

El dominio del hecho debe existir con independencia de la voluntad del agente, tanto en los delitos dolosos como en los imprudentes. Es aplicable la citada teoría elaborada por LUZÓN PEÑA, denominada “determinación objetiva y positiva del hecho”, para precisar cuándo hay autoría, en especial en los delitos resultativos (cuándo se ha realizado la conducta típica de producción del resultado), tanto en los dolosos como en los imprudentes, conforme a la cual “dominio objetivo positivo significa que el sujeto está en tales condiciones que si obrara dolosamente, decidiría por su actuación la producción (y el cuándo y el cómo) del resultado”¹⁴⁻¹⁵.

14. LUZÓN PEÑA. “Autoría e imputación objetiva en el delito imprudente”, *Revista de Derecho de Circulación*, 1984, p. 278.

15. A esta fórmula de LUZÓN PEÑA adhiere su discípulo DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, quien la explica así: “Lo mismo ocurre con la autoría: si el sujeto no domina o controla objetivamente el hecho, por mucho que quiera dominarlo o controlarlo, de él no se podrá decir que lo ha dominado o controlado”. MIGUEL DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO. *La autoría en derecho penal*, Barcelona, PPU, 1991, p. 629. Para estos autores españoles el “dominio objetivo o control objetivo del hecho” existe con independencia de la voluntad del agente, tanto en los delitos dolosos como en los imprudentes. En efecto, afirman que pareciera que lingüísticamente las expresiones “dominio del hecho” y “control” exige “una actuación de dirección querida” para ser en verdad “dueño del hecho” y que sólo “por extensión” podría hablarse de “control objetivo” o “dominio objetivo”; por lo cual “parece preferible renunciar al empleo de la expresión ‘dominio objetivo del hecho’ para evitar un rechazo con origen en los usos lingüísticos habituales, debiendo destacarse y precisarse la base objetiva del dominio del hecho como característica objetiva de la situación y de la conducta que permite, como regla general, apreciar autoría y no mera participación en el delito imprudente, pero también como característica definidora de la autoría en los delitos dolosos, en los que, si además concurre voluntad consciente, podrá hablarse sin problemas ya de dominio del hecho”. LUZÓN PEÑA y DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO. “Determinación objetiva y positiva del hecho y realización típica como criterios de autoría”, cit., p. 67.

La determinación objetiva puede tener dos dimensiones: que la misma esté ligada a la producción del resultado típico, de modo que al curso causal que determine la producción del resultado se le impregne de dolo, caso en el cual el dominio del hecho es el de un delito doloso, o que la misma esté dirigida a la producción de una actividad atípica, penalmente irrelevante (como conducir a exceso de velocidad, por ejemplo) que desencadena en la producción de un resultado lesivo que no fue previsto, pudiendo preverse, o por haberse previsto y confiado en poder evitarse, evento en el cual la determinación objetiva concreta el dominio de un delito imprudente.

b. El dominio del hecho debe ser positivo.

El dominio no queda sólo en la posibilidad de impedir el hecho, sino que va más allá, hasta llegar a un dominio que consista en decidir con el comportamiento si se ha de producir o no el resultado y las circunstancias temporales-modales (cuándo y cómo). Por consiguiente, quien posee sólo un dominio negativo del hecho, en el sentido de que con su actuación esté en capacidad de evitar la producción del resultado, no puede ser calificado como autor, sino sólo como cómplice. De esta manera se evita la extensión del concepto de autor en la coautoría hecha por la doctrina alemana, que hace ceder las ventajas logradas por el concepto restrictivo de autor¹⁶.

La postura de LUZÓN PEÑA y DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO es bastante convincente al amparo de un concepto restrictivo de autor, pues perfila de mejor manera al interviniente que tiene el máximo dominio del hecho, ofreciendo con ello un criterio material más preciso que el tradicional, pues éste puede extenderse tanto hasta romper los diques de lo típico, tal como lo hemos mencionado. No cabe duda de que esta teoría constituye un gran adelanto, cuyas bondades se van a apreciar especialmente frente a los delitos imprudentes, al afirmar su forjador que “la cuestión es que si, aplicando al caso concreto el criterio sobre la autoría que se considere más correcto, se llega a la conclusión de que el sujeto que obra imprudentemente no ha realizado la conducta típica y que, por tanto, no es autor, entonces habrá que concluir que su conducta sólo puede calificarse de una participación (objetiva) imprudente en la realización del hecho —de la producción del resultado— por otro (u otros), que es el auténtico autor (o autores)”¹⁷.

Desvirtúan con ello la fundamentación que dan los alemanes a la tesis de que no es posible la participación en los delitos imprudentes (con una interpretación extensiva), pues aquéllos convierten en autor del delito imprudente a quien infrinja el deber

16. Dice DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO: “Esta determinación positiva del acontecimiento es, como se ve, distinta y más que el mero ‘poder o capacidad de impedir o contener’ el curso del hecho, no ya con una actividad positiva, sino con la simple pasividad, que algunos consideran suficiente para la autoría, pero que no es más que dominio potencial negativo o, más simplemente, ‘dominio negativo’, característico de una forma de simple participación como la cooperación necesaria”. *La Autoría...*, cit., p. 629.

17. LUZÓN PEÑA. “Autoría e imputación objetiva...”, cit., p. 278.

objetivo de cuidado y a consecuencia de esa infracción produzca el resultado (cualquiera que sea la envergadura del aporte causal, pues acuden a la teoría de la equivalencia de condiciones), sin que sean necesarios el dominio del hecho para la autoría ni la realización del hecho típico por quien es calificado como autor. Limitan LUZÓN y DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO tal alcance, porque sostienen que la comisión imprudente, lo mismo que la dolosa, están condicionadas a la realización de la parte objetiva de la conducta típica.

c. El criterio del dominio del hecho debe ser normativo.

Para confeccionar la noción de autor no puede desconocerse su característica normativa, sin dejar a un lado la causalidad y el elemento subjetivo (que no puede confundirse con el dolo, como ya se dijo)¹⁸, el cual indistintamente puede denominarse “dominio normativo del hecho”¹⁹ o “criterio fáctico-normativo de dominio”²⁰ o simplemente dominio del hecho²¹. Desde luego que la ejecución de propia mano pone de manifiesto de la manera más clara el dominio fáctico del hecho y configura el tradicional criterio para atribuirle al sujeto la realización típica como autor inmediato e individual, sin ser necesario un dominio con sentido normativo, como sí debe serlo en la autoría mediata, en la cual no se elimina del todo el dominio naturalista para reconducirlo con exclusividad a lo normativo, porque se terminaría acogiendo un dominio sólo normativo, incompatible con el esquema de delito adoptado por el nuevo Código Penal.

Entendida la autoría como realización de la conducta punible, convierte en autor a quien promueve un proceso lesivo para un bien jurídico, el cual le es objetiva y subjetivamente imputable, por ser responsable del peligro, por la injerencia en esfe-

18. La versión hoy dominante de la teoría del dominio del hecho parte de que la distinción entre autoría y participación sólo se puede conseguir con ayuda de criterios objetivos y subjetivos. El elemento subjetivo del dominio del hecho se relaciona con el control final, con la voluntad de realizar en concreto aquello que objetivamente fundamenta dominio del hecho. Autor es quien domina el hecho delictivo; partícipe es quien, sin dominar el proceso, contribuye al hecho.

19. Como lo hace BERNARDO FEIJÓO SÁNCHEZ. “La participación imprudente y la participación en el delito imprudente en el derecho penal español”, en *El nuevo derecho penal español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, Navarra, Aranzandi, 2001, pp. 234 y ss.

20. Como lo señala CAROLINA BOLEA BARDON. *Autoría mediata en derecho penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, pp. 129 y ss.

21. El dominio del hecho como criterio normativo lo define SILVA SÁNCHEZ, así: “No hay que olvidar que el criterio de la autoría es el dominio del hecho, desde luego, pero éste, por su parte, no es un criterio naturalístico, sino normativo. Dominio del hecho significa, así, para mí, dominio del tipo, pertenencia del tipo, en el sentido de control sobre la relevancia típica del riesgo. En lo que a la comisión por omisión se refiere, en los casos en que el proceso principal lesivo no es, de por sí, delictivo, no hay problema, puesto que es la omisión la que genera la relevancia típica del hecho, convierte el riesgo en riesgo típico. Si el hecho principal es en sí delictivo no cambia nada. El omitente, en realidad, no interviene en el hecho delictivo comisivo, sino que realiza el suyo propio, domina su propio hecho”. JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ. “Aspectos de la comisión por omisión: fundamento y formas de intervención: el ejemplo del funcionario penitenciario”, *Cuadernos de Política Criminal*, 1989, pp. 389 y ss.

ras organizativas ajenas²². De esta manera, quien pone en marcha una organización criminal y un proceso lesivo que deba controlar tiene dominio del hecho respecto de las conductas delictivas realizadas por sus subordinados, por tener el control no sólo de la organización sino también de los cursos causales, a pesar de que no las ejecute de manera personal; por consiguiente, en las denominadas “estructuras de poder organizadas”²³ es autor el jefe de la organización, pero quien realiza los hechos (matar, hacer explotar la bomba, secuestrar, etc.) no es partícipe sino también autor²⁴.

Si el concepto de propia responsabilidad debe interpretarse normativamente²⁵, ello conduce a que, por ejemplo, en la autoría mediata no se responda por un hecho ajeno sino por la propia conducta que consiste en instrumentalizar a otro para cometer un delito, por lo cual la expectativa de una autoría mediata se frustra y surge la determinación a partir del momento en que el supuesto instrumento comienza a transformarse en autor, por forjar su propia responsabilidad, en la cual la instrumentalización tiene una imagen normativa²⁶; y también conduce a que en los casos de autolesión y autopuesta en peligro, el concepto de la propia responsabilidad no se atienda a un concepto de capacidad fáctica sino a una competencia normativa²⁷.

Con mayor acento se advierte la necesidad de no dejar a un lado el carácter normativo (sin que sea el único ni el determinante) en las actuaciones a nombre de otro, en las cuales son autores de delitos especiales quienes realizan la conducta descrita en el tipo penal y no tienen la cualificación señalada para el sujeto activo, es decir quienes sólo son *extraneus*, cuya responsabilidad no podría darse si no existiera la cláusula general del actuar por otro. A pesar de que en el actuar a nombre de otro pudiera pensarse que queda relegado el aspecto normativo del dominio del hecho, porque da la impresión de que es autor quien sólo realice la conducta descrita en el tipo sin importar si posee o no la cualificación señalada para el autor en el respectivo tipo

22. Al respecto dice BOLEA BARDON: “La autoría se basa en la creación, el no control o el aumento de un riesgo de forma objetiva y subjetivamente imputable. Cuando al sujeto se le puede imputar dolosamente la creación, no control o aumento del riesgo, hablamos de responsabilidad por el peligro”. Ob. cit., p. 135.

23. Cfr. ROXIN. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, Madrid, Marcial Pons, 1998, pp. 267 y ss.

24. El Proyecto de ley estatutaria presentado ante el Congreso, mediante el cual se modifica y adiciona el Código Penal, señala en el artículo 2.º: “El artículo 29 del Código Penal tendrá un parágrafo así: ‘Parágrafo. También es autor de los delitos que cometan los miembros de los grupos que se encuentren bajo su autoridad y control efectivo, el jefe militar o quien actúe efectivamente como tal, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre dichos grupos, cuando hubiere sabido, o según las circunstancias hubiere debido saber, que los integrantes de los grupos estaban cometiendo esas conductas punibles o se proponían cometerlas, o deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente que estaban cometiendo o se proponían cometer esas conductas punibles, siempre y cuando no hubiere adoptado las medidas necesarias y razonables a su alcance, para prevenir o reprimir su comisión’”.

25. Cfr. BOLEA BARDON. Ob. cit., p. 120.

26. Cfr. ULISES HERNÁNDEZ PLASENCIA. *La autoría mediata en derecho penal*, Granada, Comares, 1996, p. 164.

27. Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 20 de mayo de 2003, M. P.: ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN.

especial, ello sólo es aparente, porque no se trata de eliminar la cualificación sino de extenderla al *extraneus*, quien “también es autor” (art. 29 C. P.).

d. La fórmula del dominio del hecho ha de servir para todos los delitos.

d.1. ROXIN²⁸ sostiene que el dominio del hecho no es un principio absoluto que pueda aplicarse por igual a todo tipo de delito, sino que respecto de determinados delitos la autoría debe forjarse de acuerdo con otros criterios; se refiere de los delitos consistentes en “la infracción de deber”, de los cuales sólo puede ser autor quien infrinja un deber especial legal, con independencia de si realiza o no por sí mismo los actos descriptivos señalados en el tipo, dado que la autoría se deriva de la infracción de un deber especial legal sin tener relevancia el aporte causal hecho por el infractor (como en los delitos de funcionario, por ejemplo), y a los delitos de propia mano. De modo que ROXIN, lo mismo que JAKOBS, niega la posibilidad de establecer un concepto de autor único que sirva por igual para todos los delitos, pues elabora la teoría del dominio del hecho para los delitos comunes o de acción, denominados delitos de dominio, y la teoría de los “delitos de infracción de deber” para los delitos especiales y de propia mano.

En los “delitos de infracción de deber” lo único esencial para la autoría es el incumplimiento de un deber especial que interesa a un círculo de sujetos, como los servidores públicos en los delitos de funcionarios y los “garantes” obligados a la protección de manera especial de un bien jurídico, respecto del cual tienen una posición de garantía de su incolumidad. En ellos es indiferente para la autoría que el sujeto realice o no todos los requisitos de la conducta típica y que tenga o no el dominio del hecho, dado que sólo importa la infracción de un deber específico.

La idiosincrasia de los “delitos de infracción de deber” ha sido muy particular, porque el legislador para señalar el sujeto activo en los mismos tiene en cuenta de manera primordial los elementos personales que deben concurrir en el agente y la infracción del deber especial; por lo cual relega a un segundo plano la forma de la realización del tipo.

Lo principal es la infracción del deber jurídico-público o jurídico-privado, lo cual le da autonomía al hecho para convertir en autor a quien lo vulnera; mientras que lo secundario es el aporte causal y el momento de su incorporación al acontecer criminal, sin que sea necesaria la contribución en el momento de la ejecución del hecho, como sí se requiere en los delitos comunes, pues en éstos sólo es figura central del acontecer típico (autor) quien realiza, directamente o utilizando a otro como instrumento, la conducta descrita en el tipo penal, caso en el cual la causalidad y el momento de su aporte son primordiales para precisar autoría. Quien infringe el deber en todo caso es autor y de ninguna manera puede ser partícipe, pues en los delitos de infrac-

28. Cfr. ROXIN. Ob. cit., pp. 383 y ss.

ción de deber sólo es partícipe el interviniente que no vulnera deber especial alguno, dado que por muy importante y determinante que sea el aporte causal de quien no infringe el deber especial jurídico-público o jurídico-privado no pasa de ser configurador de participación: determinación o complicidad, concretamente interviniente no cualificado (art. 30 C. P.)²⁹.

De cara a nuestro ordenamiento penal difícilmente puede ser acogida la teoría de “los delitos de infracción de deber”, porque ha de tenerse en cuenta que el concepto de autor se desprende de los respectivos tipos de delito contenidos en la Parte Especial correlacionados con la fórmula de autoría diseñada en el artículo 29, y no olvidarse que el desvalor de resultado juega papel muy importante a la hora de ser elaborado el concepto de autor, tanto para los delitos comunes como para los de propia mano y los especiales. Aceptar sin reservas la teoría de los “delitos de infracción de deber” significaría echar por la borda los principios de legalidad, tipicidad y lesividad, establecidos el primero como derecho fundamental y los otros como normas rectoras³⁰.

Se insinúa concepto único de autor aplicable tanto a los delitos especiales como a los de propia mano y a los comunes, guiado por la teoría del dominio del hecho matizado con elementos normativos (como ya se dijo), el cual en materia de los denominados “delitos de infracción de deber” (como los especiales) tenga como autor a quien además de dominar el hecho infrinja el deber especial jurídico-privado o jurídico-público (dominio del hecho + infracción del deber), por no bastar el dominio del hecho entendido como el decidir el sí y el cómo de la realización, ni la sola infracción del deber especial. En los delitos especiales propios, quien no tenga la condición de *intraneus* sólo puede atacar de manera accesoria el bien jurídico a través del especialmente obligado; por tal razón FEIJÓO SÁNCHEZ sostiene que el fundamento último de la autoría en los delitos especiales no difiere de los comunes, dado que la diferencia está en la cualidad del dominio normativo, que no puede interpretarse con exclusivos criterios naturalísticos, sino que es preciso recurrir a los sociales y jurídicos³¹.

d.2. La fórmula ha de utilizarse tanto para los delitos dolosos como para los culposos (como se reseñó antes), porque no es admisible aplicar la teoría del dominio del hecho sólo para los delitos dolosos y acoger un concepto unitario para los culposos;

29. Cfr. SUÁREZ SÁNCHEZ. *La autoría en los delitos de infracción de deber*, Temas socio-jurídicos, Bucaramanga, Universidad Autónoma de Bucaramanga, 2002, p. 161.

30. Dice MIR PUIG. “La doctrina española ha objetado a la construcción de Roxin de los ‘delitos consistentes en la infracción de un deber’ que se opone al principio de legalidad, porque desconoce la necesidad de que en tales delitos se realicen también los actos expresamente requeridos en el tipo. La validez de esta crítica depende, claro está, del concepto de ‘realización’ de los actos típicos. Sólo será válida si ésta se entiende exclusivamente en el sentido de ‘ejecución material del último acto decisivo’. Pero cabe pensar que el autor mediato también ‘realiza’ el tipo. Habrá que ver, pues, si los ‘delitos consistentes en la infracción de un deber’ pueden considerarse ‘realizados’ en autoría mediata por el titular del deber infringido que se sirve de la otra persona no obligada para la práctica material de los actos últimos necesarios para completar el tipo”. Ob. cit., p. 370.

31. Cfr. FEIJÓO SÁNCHEZ. Ob. cit., p. 246.

de modo que tanto en el delito doloso como en el culposo el autor debe tener el dominio objetivo y positivo del hecho. Esto acarrea como consecuencia la posibilidad de admitir distintas formas de autoría y participación en el delito culposo.

Cobra validez la tesis de que la noción de autor que ha de elaborarse debe ser única, aplicable para los delitos especiales, de propia mano³², comunes, dolosos, culposos y de comisión activa³³.

11. Surgen ahora los interrogantes. ¿Qué debe entenderse por “realización de la conducta punible”? ¿Es realización del tipo o de conducta típica, antijurídica y culpable? Pareciera superflua y vacua la inquietud, pero es necesario dedicarle, así sea con brevedad, algunas líneas a aclararla.

Como el artículo 9.º dice que “Para que la conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable”, una interpretación exegética y gramatical del artículo 29, que define al autor como “quien realice la conducta punible por sí mismo o utilizando a otro como instrumento”, pudiera arrojar el entendimiento de que es autor quien realiza conducta típica, antijurídica y culpable y de que no lo es quien realiza el hecho justificado o inculpable.

Si aceptamos que la autoría forma parte del tipo, como elemento básico y fundamentador del mismo, no es admisible la afirmación de que la autoría en sentido jurídico-penal exige la realización de hecho antijurídico y culpable. Si el concepto de autor debe estar en relación directa con el injusto positivo y no con las causas que lo excluyan y menos con las de inculpabilidad, quien realice un hecho justificado o inculpable es autor, dado que afirmar lo contrario conduciría a negar la existencia del tipo; en tal supuesto se negará la antijuridicidad o la culpabilidad de la conducta, pero no la realización del hecho típico por el autor, de quien se dirá que es autor de un hecho justificado o inculpable, pero en todo caso autor.

Admitir que quien realice el hecho al amparo de una causal de inculpabilidad no es autor, implicaría eliminar la accesoriedad de la participación, si se sanciona al partícipe no favorecido con la causal de inculpabilidad, porque se castigaría la participa-

32. En los delitos de propia mano, aquellos que sólo se pueden realizar de manera directa y corporal la acción típica, la doctrina mayoritaria se inclina por tener como autor sólo a quien ejecuta por sí mismo la acción descrita en el tipo; en la cual la coautoría sólo es posible si cada uno de los coautores realiza la conducta de propia mano. Se mantiene la discusión acerca del fundamento de la realización de “propia mano” y cuáles tipos exigen esta modalidad.

33. Separándose de su maestro ROXIN, SCHÜNEMANN construye un concepto de autor normativo que ha de servir para cualquier forma de autoría, en los delitos de comisión activa, de omisión y en los especiales de garante, al considerar la posición del obligado por un deber especial como un “dominio fáctico de protección sobre el bien jurídico”. SCHÜNEMANN, citado por BOLEA BARDON. *Ibíd.*, p. 65. Por su parte, SAMSON propone que cuando el tipo contenga la infracción de un deber a través de cualquier acción, como el prevaricato, por ejemplo, para ser autor basta con la infracción de dicho deber; pero si la ley exige que la infracción se produzca a través de determinada conducta, como la de apoderamiento en el peculado por apropiación, para ser autor se exigirá, también, el dominio fáctico del hecho. *Ídem*.

ción a pesar de no darse la autoría, o aplicarla y aceptar que como en tal caso no hay autor el partícipe no responde penalmente como consecuencia de la accesoriedad; así, por ejemplo, si una persona determina o ayuda a la realización de una conducta antijurídica pero inculpable, su comportamiento no sería punible, porque quien actuó al amparo de la causal de exclusión de la culpabilidad no sería autor, por no haber realizado conducta punible en los términos del artículo 9.º, y si no hay autoría no hay participación, por virtud del principio de accesoriedad de la participación.

Debe entonces interpretarse el artículo 29 en el sentido de que es autor quien realice el tipo y no quien realice el hecho punible, entendido éste como conducta típica, antijurídica y culpable. Lo contrario conduciría a negar que la autoría forma parte del tipo, a hacerla depender de los conceptos de antijuridicidad y culpabilidad, y a eliminar el principio de accesoriedad de la participación.

CONCLUSIONES

Para elaborar la noción única de autor conforme a la legislación colombiana deben tenerse en cuenta las siguientes premisas:

1. Que el desvalor de resultado, lo mismo que el de acción, desempeñan papel importante al momento de tal diseño.
2. Que debe tenerse en cuenta el concepto de acción adoptado por la ley, el cual no es sólo causal sino también acorde con la teoría de la imputación objetiva, sin que se convierta ésta en un “macroconcepto” que absorba a la teoría de la autoría y la participación.
3. Que no es posible adoptar un concepto unitario o extensivo de autor, sino uno diferenciador y restrictivo, acorde con la fórmula objetivo-material y no con la teoría objetivo-formal.
4. Que la teoría material que se adopte debe ser la del dominio del hecho, con las siguientes características: a. el dominio debe ser objetivo y positivo; y, b. el criterio debe ser matizado desde lo normativo, sin dejar a un lado lo causal.
5. Que el concepto debe servir para todos los delitos: comunes, especiales, de propia mano, dolosos, culposos y de acción; pero no se sancionan la participación culposa, la tentativa de participación ni la participación en cadena.
6. Que en los denominados “delitos de infracción de deber” el autor debe dominar el hecho y además infringir el deber especial jurídico-privado o jurídico-público.
7. Que en la legislación penal colombiana opera el principio de la accesoriedad limitada, tanto cuantitativa como cualitativa, en los delitos dolosos y culposos.